



# O DIREITO FUNDAMENTAL AOS BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS E A IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO PRAZO DECADENCIAL NA REVISÃO DOS ATOS DE CONCESSÃO – INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 103, CAPUT, DA LEI N. 8.213/91<sup>1</sup>

THE FUNDAMENTAL RIGHT TO SOCIAL SECURITY BENEFITS AND THE IMPOSSIBILITY OF THE USE OF THE TEN-YEAR STATUTE OF LIMITATION ON THE REVIEW OF ACTS OF CONCESSION – THE UNCONSTITUTIONALITY OF ART. 103 OF LAW N. 8.213/91

*Juliano Cesar Zanini<sup>2</sup>*

## Resumo

A previdência social revela-se como um direito fundamental de todo homem advindo de suas reivindicações por meio de conquistas e lutas históricas. Em razão disso, sua importância não pode e nem deve ser mitigada. Não é só o legislador constitucional que deve estabelecer essa garantia fundamental, esta deve ser imposta e respeitada, igualmente, pelo legislativo infraconstitucional e principalmente pelos operadores do direito. Entre as importantes conquistas dos trabalhadores vinculados ao sistema de previdência está a renda mensal do benefício, a qual deveria lhe servir como garantia a uma vida digna. Portanto, sendo a imprescritibilidade uma das características dos direitos fundamentais, como se pretende sustentar, averiguar-se-á se é possível a Lei 8.213/91, pelas mudanças estabelecidas no art. 103, estabelecer prazos para extinguir direitos, em especial o direito à revisão de benefício concedido ou negado e, pela análise dos institutos da prescrição e decadência, verificar se este último prazo, o decadencial, diante de suas peculiaridades, pode ser imposto nos atos de revisão de benefício sem macular os preceitos constitucionais.

**Palavras-chave:** Direitos humanos fundamentais. Conceitos de prescrição e decadência. Direito fundamental da renda mensal do benefício previdenciário. Impossibilidade de aplicação da decadência do direito de revisão referendado no art. 103 da Lei 8.213/91. Inconstitucionalidade da imposição de prazo decadencial.

<sup>1</sup> Submetido em 25/04/2014, pareceres emitidos em 17/05/2014 e 02/05/2014, aprovação comunicada em 14/06/2014.

<sup>2</sup> Bacharel em Direito. Pós-Graduado em Direito Tributário pela Universidade do Vale do Itajaí-SC - UNIVALI. Advogado em exercício de 2002 a 2008. Mestrando em Ciências Jurídicas pela Universidade do Vale do Itajaí-SC na área de Direito e Jurisdição. Atualmente Servidor Público Estadual em Santa Catarina, vinculado ao Tribunal de Justiça do Estado, ocupando o cargo de Assessor de Gabinete na Vara da Fazenda Pública de Itajaí-SC, Rua Uruguai, 222, centro, Itajaí-SC. E-mail: <julianozanini@tjsc.jus.br>.



## Abstract

Social security presents itself as a fundamental right of every man that derives from their claims, through historical struggles and achievements. As a result, its importance cannot and should not be diminished. This fundamental right should not only be provided by the constitutional legislator, it must be equally enforced by the infra-constitutional legislator and by lawyers. Amongst the important achievements of the workers covered by the Social security system is the welfare-salary, which should serve people as a guarantee of living with dignity. As such, the non-application of statute of limitations is a characteristic of fundamental rights, as we intend to claim, will determine whether it is possible for law n. 8.213/91, to establish the changes set out in art. 103, and set deadlines to extinguish rights, especially the right to review granted or denied benefits as well as the analysis of the statute of limitations to ascertain if, because of their peculiarities, may be imposed to benefit reviews.

**Keywords:** Fundamental human rights. Fundamental right to a monthly income of pension benefit. Impossibility of extinguishing right of review endorsed in art. 103 of Law n. 8.213/91. Unconstitutional application of statute of limitations.

## INTRODUÇÃO

O estudo proposto pretende classificar o direito social à previdência com um dos direitos fundamentais do homem, esse advindo de reconhecidas conquistas ao longo de muitos anos de lutas e reivindicações.

Qualquer pesquisa que vise à análise dos direitos fundamentais estará automaticamente vinculada ao estudo de sua construção histórica e dos marcos estabelecidos, a fim de demonstrar a força impositiva destes direitos, tidos por indispensáveis a todos os *homens* (ser humano). Assim, na primeira parte, faz-se uma diferenciação entre direitos humanos e fundamentais, afirmando a importância à previdência social e ao salário benefício entre aqueles direitos consagrados e que devem ser preservados, a fim de que não sejam mitigados por interesses menores do que daqueles que lhe deram origem e força de garantia fundamental.

Estabelecendo-se esta premissa, da essência dos direitos sociais como cláusulas pétreas em nosso ordenamento jurídico, há que se investigar se há possibilidade deste direito, visto como fundamental, ser comprometido pelo decurso do tempo em se tratando da busca subjetiva por meio da ação revisional, a qual, dentro do sistema previdenciário, serve para modificação de um ato concessivo de benefício.



Como as normas fundamentais estão vinculadas com características próprias, entre as quais a de que não podem deixar de ser garantidas aos cidadãos, importa analisar, no ordenamento pátrio, os estatutos da prescrição e da decadência, os quais estão vinculados à ideia da perda do direito por inercia do titular – regra no ordenamento nacional –, pontuando-se quais as características destes mecanismos de controle legal, a fim de possibilitar um confronto direto com a imposição estabelecida pelo art. 103 da Lei n. 8.213/91, legislação essa que serve para disciplinar o plano de previdência no Brasil. Como disse Câmara Leal “Todo o estudo relativo à imprescritibilidade<sup>3</sup> se ressentir de um certo empirismo. Não se encontra nos autores a fixação de uma doutrina, com princípios juridicamente estabelecidos. Tudo se reduz à casuística” (LEAL, 1978, *apud* AMORIM FILHO, p. 746).

Por fim, a tentativa é demonstrar que não é possível decair do direito de rever atos falhos na concessão ou não de benefícios previdenciários, pois este mecanismo (ação revisional) serve para garantia e preservação do direito fundamental do homem (segurado). Assim, a conclusão esperada é que, em vista da mudança ocorrida no art. 103 da Lei n. 8.213/91 pela redação dada pela MP 1.523-9, estipulando um prazo decadencial, o referido artigo seja tido por inconstitucional. O tema é atual e relevante, e o objetivo deste Artigo é puramente reflexivo.

Na primeira fase de pesquisa, então, especificou-se o Referente como sendo a impossibilidade de aplicação da decadência do direito de revisão dos atos de concessão de benefício previdenciários por serem direitos fundamentais.

Na segunda fase da investigação, realizou-se a fundamentação acerca do porque se deve garantir ao cidadão o direito de rever a qualquer tempo e modo os benefícios previdenciários concedidos via administrativa ou judicial, justamente por se afigurarem da solidez implícita de direito fundamental.

Já na terceira fase de pesquisa foram correlacionados os fundamentos da fase de investigação, direcionando para a quarta fase, qual seja, a de relatório de pesquisa, a qual aponta para inegável vinculação da previdência social e do

<sup>3</sup> Aqui o termo é usado embarcando a ideia geral de prazo, qualquer que seja, pela técnica, decadencial ou prescricional.



benefício previdenciário entre os direitos fundamentais e, por assim ser, possível de ser modificado a qualquer momento, quando mais se concedido com vícios ou ilegalidades. Na quinta fase de pesquisa foi realizada a avaliação do produto científico, com a consequente conclusão, aferindo que o dispositivo criado para restringir o direito de rever o valor do benefício previdenciário, por meio da aplicação do prazo de decadência, é inconstitucional.

Para a percepção geral do Referente e para a construção deste Artigo Científico foi utilizada a base lógica do Método Indutivo e na conclusão somado ao Método Dedutivo<sup>4</sup>.

## **1 DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS - DEFINIÇÃO**

Há muita discussão na doutrina sobre a conceituação de direitos humanos e direitos fundamentais. Assim, é prudente, em se falando de direitos basilares e da importância desses para o enfoque previdenciário, fazer-se uma breve análise, a fim de se estabelecer o que é ‘fundamental’ e o que é ‘humano’ e ressaltar a importância destes conceitos.

Sarlet (2009, p. 29) nos ensina a distinção básica entre direitos fundamentais e direitos humanos (diferença corriqueiramente exposta em outras doutrinas). Para ele, embora os termos sejam correlatos – direitos humanos e fundamentais –, distinguem-se, pois a expressão “direitos fundamentais” se aplica para aqueles direitos do ser, reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo. O outro, “direitos humanos”, guardaria uma relação com os documentos de direitos universais, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconheceram ao ser humano como tal, independentemente de sua amarração com determinada ordem legalmente materializada e que, portanto, garante a validade para todos e em todo tempo, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional). Adverte, ainda, o mesmo autor, citando lição de Bobbio, que a própria positivação em normas de direito internacional “já revelou, de forma incontestável, a dimensão histórica e relativa dos direitos humanos”.

<sup>4</sup> A perspectiva conceitual de Método Indutivo e dedutivo foi extraída de: Pasold, 2011, p. 86.



Portanto, os direitos fundamentais nascem a partir de um processo de positivação dos direitos humanos, a partir do reconhecimento, pelas legislações constitucionais (positivação) de direitos considerados inerentes à pessoa humana. Nesse mesmo sentido, leciona José Joaquim Gomes Canotilho (1998, p. 259), para quem os direitos do homem surgem da própria natureza humana e, por isso possuem caráter inviolável, intertemporal e universal. Já os direitos fundamentais seriam aqueles vigentes nas leis em concreto.

Estabelecendo, ainda, tal diferenciação, na mesma perspectiva, mas impondo a ideia de igualização de situações desiguais, pode-se ler nos ensinamentos de José Afonso da Silva (1998, p. 258), para quem os direitos fundamentais são os preexistentes e consolidados nas normas constitucionais. São direitos para valerem como pressupostos de gozo de direitos individuais e criadores de condições materiais propícias para a igualdade e liberdade.

Por fim, autores estrangeiros, como Jorge Mancini (2004, p. 10), partilham da mesma concepção, de que os direitos fundamentais são, pela codificação, os ditos humanos positivados, *vide*:

[...] Los derechos fundamentales serían aquellos derechos humanos que los ordenamientos jurídicos nacionales e internacionales han reconocido como indispensables y que necesariamente deben estar expresados en los documentos básicos y superiores, sin: que ello implique agotar la lista de los que componen el conjunto de derechos esenciales a la persona humana.

José Afonso da Silva (1998) resume o ideal dos direitos ditos fundamentais revelando “a conveniência”, ou seja, que ele é parte de uma construção temporal, dizendo que são fundamentais aqueles benefícios e instituições que o Direito Positivo solidificou em garantias de uma convivência digna, livre e igual para todas as pessoas.

Sob tal enfoque, restaria a dialética de que todo direito fundamental é humano, mas nem todo direito humano é fundamental. A conclusão parece óbvia, contudo, é polêmica e incerta, uma vez que os direitos humanos, ainda que não positivados, se assim forem reconhecidos pela sociedade, serviriam como fonte do direito para uma garantia vista como fundamental (o que pode ser visto pelas interpretações sugeridas por Benjamin Dworkin (2010) por exemplo). Portanto, para



averiguar se de fato um direito é fundamental, há que se avaliar se o direito dito fundamental está inserido nos códigos normativos advindo de reivindicações sociais ou se é derivado apenas de interesses de um grupo. Nesse ponto, revela-se importante a análise da historicidade.

Segundo Gilmar F. Mendes, Inocêncio M. Coelho e Paulo G. G. Branco<sup>5</sup> essa evolução, percebida pela análise histórica, impulsionada pelas lutas em defesa de novas liberdades em face de poderes antigos – já que os direitos fundamentais costumam ir-se afirmando gradualmente – e das novas feições assumidas pelo poder, é fundamental para compreensão dos direitos fundamentais.

Assim, podem existir direitos humanos que advenham de reconhecimentos históricos e que, apesar de não estarem codificados, podem ser reconhecidos em casos concretos, pela consolidação jurisprudencial por exemplo. Então, para um direito ser dito fundamental não é essencial uma positivação, uma codificação em si, mas o reconhecimento pelos aplicadores do direito, os quais terão o dever de garantir a ordem fundamental de qualquer direito nitidamente inegável ao homem.

## **2 DIREITOS FUNDAMENTAIS E SEUS MARCOS - DIREITOS DE SEGUNDA GERAÇÃO – A HISTORICIDADE COMO PONTO SOLIDIFICADOR DA IMUTABILIDADE**

Carl Schmitt, na avaliação extraída dos estudos de Edgard de Oliveira Lopes (2002), entende que os Direitos Fundamentais seriam estabelecidos por dois critérios: o formal, indicado como direitos fundamentais todos os direitos e garantias explicitados e alcunhados no documento constitucional; e formal, onde os direitos fundamentais são aqueles que recebem da constituição um grau mais elevado de proteção, ou segurança, ou pelo menos de alteração dificultada. Assim, sob o aspecto formal, tal avaliação do que vem a ser ou não fundamental dependeria de Estado para Estado, devido às diferenças culturais e ideológicas que persistem, mesmo com a globalização em pleno auge.

---

<sup>5</sup> “O caráter da historicidade, ainda, explica que os direitos possam ser proclamados em certa época, desaparecendo em outras, ou que se modifiquem no tempo. Revela-se, desse modo, a índole evolutiva dos direitos fundamentais. Essa evolução é impulsionada pelas lutas em defesa de novas liberdades em face de poderes antigos – já que os direitos fundamentais costumam ir-se afirmando gradualmente – e em face das novas feições assumidas pelo poder”. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008. p. 241).



Está consolidado hoje na doutrina<sup>6</sup> uma classificação cronológica para os conhecidos direitos fundamentais – sem imposições hierárquicas entre essa categorização –, entendidos e arranjados entre os de primeira, segunda e terceira geração, havendo quem considere ainda outros<sup>7</sup>.

Ao que interessa a esse estudo, Aécio Pereira Junior (2005), ao tratar sobre a evolução da Previdência Social, classifica-a entre os direitos fundamentais de segunda geração, os quais são “justamente os direitos sociais, econômicos e culturais, surgidos no início do século, a partir do constitucionalismo social. Incluem-se aqui os direitos relacionados ao trabalho, o seguro social, a subsistência, o amparo à doença, velhice etc”.

Tal classificação adveio de uma formação gradativa, nascida das reflexões ideológicas e no pensamento antiliberal do século XX, como ensina Bonavides (1999, p. 518), e na medida em que foram sendo reconhecidos e garantidos estes ‘direitos’ do ‘homem’ – assim sintetizados com pretensão cronológica e histórica –, eles foram se fortalecendo.

Segundo o critério da historicidade, defendida por Bonavides, David Araújo e Serrano Júnior<sup>8</sup>, por exemplo, seguem na linha de que na primeira fase dessa formação dos direitos fundamentais surgiram os direitos do administrado para com o Estado, a fim de evitar a invasão desses nos Direitos Cíveis e Políticos. Já na segunda fase, ou geração, dizem respeito ao surgimento dos direitos positivos sociais, a fim de assegurar a melhor condição de vida. Contudo, tal abrangência histórica, com respeito aos ensinamentos dos nobres doutrinadores, não pode ser simplesmente atestada pelo tempo em que houve a concretização desses direitos,

<sup>6</sup> Exemplificativamente, dividem em dimensões os direitos fundamentais: Robert Alexy, Konrad Hesse e Willis Santiago Guerra Filho, e sob a forma de gerações, o faz Paulo Bonavides e Norberto Bobbio.

<sup>7</sup> Paulo Cesar Bonavides, ainda defende a existência de direitos fundamentais de quarta geração – os direitos relativos à bioética, à democracia e à ecologia, enfim, os direitos que atinjam toda a humanidade – e ainda elevou a Paz (kantiana) à categoria de Direito Fundamental de Quinta Geração. (BONAVIDADES, 2002; BONAVIDADES, 2013).

<sup>8</sup> Trata-se de direitos que representavam uma ideologia de afastamento do Estado das relações individuais e sociais. O Estado deveria ser apenas o guardião das liberdades, permanecendo longe de qualquer interferência no relacionamento social. São as chamadas ‘liberdades públicas negativas’ ou ‘direitos negativos’, pois exigem do Estado um comportamento de abstenção. (ARAÚJO; NUNES JÚNIOR, 2005, p. 116).



pois a essência, em se tratando de direitos humanos fundamentais, já existia antes da positivação e por ela foi simplesmente materializada na história, assim, em tese, também estão aptos aos aperfeiçoamentos (modificações) do futuro.

Assim, pode-se dizer que os direitos ditos fundamentais possuem marcos (pré)estabelecidos e determinados pela evolução, no que concerne à tentativa de preservação dos interesses do homem e dele mesmo. Mas o mais importante para a compreensão do que vem a ser fundamental é, exatamente, entender as circunstâncias pelas quais foram originados tais direitos, a essência que brota de cada um deles, tendo sempre em referência o bem estar do homem.

A Constituição Mexicana de 1917 e a Alemã de 1919, por exemplo, são reconhecidas como importantes marcos dos direitos sociais. Todavia, é prudente registrar que os ditos direitos conquistados naqueles momentos históricos abrangiam tanto os direitos econômicos como também os sociais (fundamentais), e esses só foram efetivamente regulados posteriormente, por meio de leis ordinárias.

Mas, independente de existir ou não um marco, convencionou-se que esses direitos, segundo Albino Zavascki (1998, p. 230), foram modelados à base dessa segunda geração de direitos fundamentais, é que fez nascer “o chamado Estado do Bem-Estar Social que imperou durante todo o século XX”.

Conquanto o direito social tenha origens marcadas entre os direitos fundamentais ditos de segunda geração, deve-se buscar sempre sua evolução, seu aprimoramento entre as garantias concedidas ao homem, como complementa Albino (ZAVESCKI, 1998, p. 231), ao dizer que “O Estado do futuro não deverá ser apenas um Estado liberal, nem apenas Estado Social, precisará ser um Estado da solidariedade entre os homens”.

E é justamente na fraternidade, como último signo da revolução francesa (marcador histórico destes direitos de segunda geração), que nasceu o direito social da previdência. Não é por outra razão que Mozart Victor Russomano (1978, p. 5-6) (retratando a importância religiosa para as conquistas sociais) afirma que:

Essa "oficialização da caridade" – como foi dito, certa vez – tem importância excepcional: colocou o Estado na posição de órgão prestador de assistência àqueles que – por idade, saúde e deficiência congênita ou adquirida – não tenham meios de garantir sua própria subsistência. A assistência oficial e pública, prestada através de órgãos especiais do Estado, é o marco da



institucionalização do sistema de seguros privados e do mutualismo em entidades administrativas. [...] Hoje compreende-se que nesse passo estava implícita a investida de nossa época, no sentido de entender os benefícios e serviços da Previdência Social à totalidade dos integrantes da comunidade nacional, a expensas, exclusivamente, do Estado, e não apenas aos associados inscritos nas entidades de Previdência Social. Dessa forma, podemos concluir dizendo: naquele momento distante, no princípio do século XVII, começou, na verdade, a história da Previdência Social.

A análise desses “marcos” históricos é relevante, ainda que se tenha por exame uma nova ordem jurídica a ser constituída. Aliás, como ensina Wagner Balera (1989, p. 15), o estudo da seguridade social, determinada nesse tempo, agora, não é motivo de bloqueio do nosso interesse acerca da história constitucional que, embora seja disciplina não jurídica (no entender de Santi Romano), nos fornece válidos critérios de interpretação da nova ordem constitucional.

E apesar de todas as possíveis evoluções do direito social, não basta estabelecê-lo como direito humano, pois é necessário, como ensina Norberto Bobbio (1986, p. 63), efetivá-lo:

(...) uma coisa é falar dos direitos humanos, direitos sempre novos e cada vez mais extensos, e justificá-los com argumentos cada vez mais convincentes; outra coisa é garantir-lhes uma proteção efetiva, acrescentando à medida que as pretensões aumentam, a satisfação delas torna-se cada vez mais difícil.

Conclui-se, assim, que nem todo conceito se firmará como realidade estática, imutável. Sempre que novas lutas vierem a exigir medidas de proteção social, diferentes das de hoje, estarão aptas a concretizar novos conceitos, correções, ampliações e reparos, para melhor descrição do objeto. O que é implícito por detrás das garantias previdenciárias é a necessidade de preservação da própria vida e dignidade humana em se tratando de direitos fundamentais.

A realidade – observa Lorival Vilanova (2003, p. 6-7) – é sempre muito mais abrangente do que o conceito que a descreve. Por isso a realidade da legislação atual previdenciária pode ser mudada, a fim de melhor garantir o direito fundamental à previdência social, mas nunca poderá se restringi-lo, por ser ele advindo de uma conquista do homem frente ao Estado e do próprio homem enquanto garantia fundamental, a fim de subsistir.



## 2.1 O direito social como garantia fundamental no Brasil

O primeiro documento legislativo que tratou dos direitos sociais no Brasil foi a Constituição de 1824, a qual dedicou o inciso XXXI de seu art. 179 para esse fim. Tal dispositivo garantia aos cidadãos o direito aos então denominados “socorros públicos”, contudo sem eficácia plena. A Carta de 1891 também trouxe dispositivos relacionados à Previdência Social, quais sejam, o art. 5º e o art. 75, sendo que o primeiro dispunha sobre a obrigação de a União prestar socorro aos Estados em calamidade pública, se tal Estado assim solicitasse, e o último dispunha sobre a aposentadoria por invalidez dos funcionários públicos. Até a consolidação da Carta Constitucional de 1988, outros acontecimentos tiveram destaque em matéria previdenciária, inclusive infraconstitucional, mas é a partir da Constituição Federal que se institui no país, segundo Viana (2010, p. 14) um “verdadeiro sistema de Seguridade Social, integrando ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar direitos relativos à saúde, previdência e assistência social, o qual foi aos poucos sendo regulamentado por legislação posterior”.

Esclarece José Afonso da Silva (1997, p. 93), ao tratar da CF/88, que é a primeira vez que uma Constituição assinala os objetivos fundamentais da nação brasileira, e entre eles, “uns que valem como base das prestações positivas que venham a concretizar a democracia econômica, social, e cultural a fim de efetivar a dignidade da pessoa humana”.

Flávia Piovesan (1997, p. 46) nos alerta sobre a positivação dos direitos sociais elevados a direito fundamental, dizendo que:

Ao analisarmos a carta dos direitos fundamentais expostos pela Constituição, percebemos uma sintonia com a Declaração Universal de 1948, bem como com os principais pactos sobre os Direitos Humanos, dos quais o Brasil é signatário. Intensifica-se a interação e conjugação do Direito internacional e do Direito interno, que fortalecem a sistemática de proteção dos direitos fundamentais, com uma principiologia e lógica, fundadas na primazia dos direitos humanos.

Entendendo as palavras de Jorge Miranda (2002, p. 45), as consolidações legais dos direitos fundamentais e que foram positivadas na Constituição, delegaram



ao povo o poder regulador. Assim, entende o doutrinador que os direitos sociais não podem ser limitados quando elevados à categoria fundamental, portanto cabendo ao cidadão reivindicá-los a qualquer momento, ensina o jurista:

Em vez da tradição, o contrato social; em vez da soberania do príncipe, a soberania nacional e a lei como expressão da vontade geral; em vez do exercício do poder por um só ou seus delegados, o exercício por muitos, eleitos pela colectividade; em vez da razão do Estado, o Estado como executor de normas jurídicas; em vez de súditos, cidadãos e atribuição a todos os homens, apenas por serem homens, de direitos consagrados nas leis.

O constitucionalismo passa a regular as atividades dos governantes e suas relações com os governados, concluindo Miranda (2002, p. 326) diz que: "Em vez de os indivíduos estarem à mercê do soberano, eles agora possuem direitos contra ele, **imprescritíveis e invioláveis**".

Importa saber, acima de tudo, que sempre será possível mudar, desde que se parta da condição e do reconhecimento de serem, os direitos previdenciários, humanos e fundamentais, advindos de lutas e reivindicações, e por sua importância não podem ser negados ou reduzidos. Trazendo as lições consagradas de 'luta por reconhecimento' de Axel Honneth, que sustenta uma mudança pragmática no sentido normativo de direitos fundamentais (enquanto princípios insaturáveis e interpretados de modo construtivo), que se dará publicamente por meio de luta por reconhecimento de novos sujeitos de direitos. Traduz isso a jurista Tereza Ventura (2011, p. 159-170), que comenta:

Na teoria social de Honneth a ampliação das relações intersubjetivas de reconhecimento está integrada ao processo de individuação que resulta de lutas sociais por meio das quais vem a realizarem-se transformações sociais de ordem normativa. Os indivíduos trazem para a sociedade expectativas normativas e reivindicações de caráter moral com que buscam garantir meios de expressão da identidade e da auto-realização. A subjetividade moral do ser humano e do agente social constitui-se dentro de relações intersubjetivas de luta por reconhecimento por meio do cuidado afetivo, do respeito e da estima social. Tais relações exteriorizam conflitos por meio de experiências e situações vividas como injustas. Essas experiências encontram-se localizadas em contextos históricos que revelam o estágio de desenvolvimento normativo das relações de reconhecimento recíproco. É na passagem para a modernidade que Honneth localiza a abertura de uma pluralização do horizonte de valores que conduzem a individualização na representação do que contribui para a realização das finalidades éticas da sociedade. No curso das transformações estruturais no sistema de valores hierarquicamente estabelecidos pela tradição alteravam-se também "as



condições de validade das finalidades éticas da sociedade” (HONNETH, 2003a, p. 3). Honneth, seguindo Hegel em sua crítica ao modelo hobbesiano de luta genérica de todos contra todos, vai afirmar por meio do conceito de eticidade a existência prévia de uma vida intersubjetiva que envolve todo o processo humano de socialização e formação da identidade: “as obrigações éticas passam a ser vistas como resultados de processos decisórios intra mundanos, a compreensão cotidiana do caráter da ordem social se altera tanto quanto a condição de validade do direito” (ibidem).

Portanto, não se pode perder de foco que os direitos fundamentais são oriundos de lutas e conquistas e, por essa razão, não podem ser considerados estáticos e imutáveis como sustentam alguns. Portanto, se as legislações infraconstitucionais trouxerem normas que firam direitos consagrados e fundamentais, devem ser combatidas.

### **3 A PREVIDÊNCIA SOCIAL COMO DIREITO FUNDAMENTAL**

Para Wagner Balera (2009, p. 11), o Sistema Nacional de Seguridade Social, do ponto de vista metódico, busca a implementação e consolidação do bem-estar e da justiça sociais.

A seguridade, como política social, é método de economia coletiva. Assim, como procedimento de acúmulo coletivo, a comunidade é chamada a fazer um pacto técnico-econômico onde a solidariedade social é o equilíbrio. O pacto solidário-social consiste na contribuição da maioria em benefício da minoria. A Previdência Social – enquanto parte integrante da Seguridade Social – atua como instrumento de redistribuição da riqueza nacional, e deve atuar, principalmente, no bem estar do cidadão, auferindo-lhe condições dignas e justas.

Para tanto a Constituição Federal de 1988, no art. 194, define seguridade como “conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinada a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social”.

Miguel Horvath Júnior (2012), citando Pedro Vidal Neto, tratando da importância do direito previdenciário e das diversas formas de proteção instituídas na Carta Constitucional de 1988, pelo art. 201 dessa, ressalta que enquanto esse sistema previdenciário adote o princípio da universalidade (art. 194, parágrafo único,



inc. I, da CF/88) ele partirá de um núcleo mínimo de proteção para, a partir dele, de acordo com a capacidade econômica, o Estado ir ampliando o núcleo de eventos protegidos, e sustenta que:

Resta comprovado o relevante interesse social do direito previdenciário na reparação dos efeitos dos eventos protegidos, bem como para realçar o papel do Estado na solução dos problemas em questão. “Vê-se então que o moderno Estado Social de Direito tem de fato, na Seguridade Social o ponto mais saliente de sua caracterização”.

Nota-se, portanto, a proteção ao bem estar do homem como ponto mais relevante da Seguridade Constitucional. As raízes fundamentais dessa proteção são inspiradas em textos antigos, como no artigo XXV da Declaração Universal dos Direitos do Homem, que assim preconiza:

- I) Todo o homem tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda de meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.
- II) A maternidade e a infância tem direito a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozarão da mesma proteção social.

Da mesma forma tem a seguridade raízes no artigo XVI da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem<sup>9</sup>:

Toda pessoa tem direito à previdência social, de modo a ficar protegida contra as conseqüências do desemprego, da velhice e da incapacidade que, provenientes de qualquer causa alheia à sua vontade, a impossibilitem física ou mentalmente de obter meios de subsistência.

A Constituição Federal Brasileira, no art. 6<sup>o</sup><sup>10</sup>, estabelece quais os direitos sociais, elencando, entre eles, o direito à previdência social. Antes, no art. 3<sup>o</sup><sup>11</sup>,

<sup>9</sup> **Art. XVI da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem**, Bogotá, 1948. Disponível em: <[http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis\\_intern/declaracao\\_americana\\_dir\\_homens.htm](http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/declaracao_americana_dir_homens.htm)>. Acesso em: 28 nov. 2012.

<sup>10</sup> Art. 6<sup>o</sup> São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos



estabelece entre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Assim, como a Previdência Social se sustenta no princípio da solidariedade, ela se constitui num dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, ou seja, um direito humano reconhecido e positivado (portanto, mais que um direito fundamental).

Segundo Maria Lúcia (LEIRIA, 2001, p. 129):

Em seu artigo 6º, caput, a Constituição dispõe sobre a previdência social como um direito social de todo cidadão brasileiro e, além de mencionar o benefício da aposentadoria como um direito dos trabalhadores urbanos e rurais (art. 7º, inc. XXIV), estabelece que a previdência social atenderá, nos termos da lei, (a) a cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada; (b) a proteção à maternidade, especialmente à gestante; (c) a proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário; (d) salário família e auxílio reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda; (e) pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, em valor nunca inferior ao salário mínimo.

Pela análise da positivação, o direito previdenciário é, inegavelmente, um dos direitos fundamentais do Homem e nos dias de hoje está inserido dentro da técnica de proteção social denominada Seguridade Social. Ele, pela característica fundamental, é objeto de debate e preocupação em todas as nações, não apenas do Brasil, e não é assunto recente. Prova disso é a delineação conjunta, feita em setembro de 1966, na Cidade canadense de Ottawa – pelo Programa de Ottawa de Seguridade Social das Américas, adotado pela 8ª Conferência dos Estados da América e pelos membros da Organização Mundial do Trabalho, a OIT. Por conta disso, essa organização declara que “a Seguridade Social deve ser instrumento de autêntica política social, para garantir o equilibrado desenvolvimento sócio-econômico e uma distribuição equitativa da renda nacional”.

O já citado artigo de Miguel Horvath Júnior (2012) eleva, com precisão, os direitos sociais à condição de imutabilidade, como cláusulas pétreas da Carta

---

desamparados, na forma desta Constituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 64, de 2010).

<sup>11</sup> Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.



Constitucional, portanto, fundamentais ao próprio Estado, assim não podem ser atingidos por emenda tendentes a aboli-los. Conclusão esta que se chega com a utilização das técnicas de interpretação extensiva, sistemática, lógica e teleológica do texto constitucional do inc. IV, § 4º do art. 60 da Constituição, pois ao se utilizar o texto constitucional da expressão “direitos e garantias individuais” quis, em verdade, referir-se a “direitos e garantias fundamentais” uma vez que o Título II da Constituição trata dessas garantias.

Entenda-se, contudo, que a Seguridade Social é, como destaca William Henry Beveridge (1943, p. 282), apenas uma parte das lutas estabelecidas contra a miséria física; a doença, a ignorância; a imundície; e contra a ociosidade, mostrando que ela pode se combinar com a liberdade, a iniciativa e a responsabilidade do indivíduo pela sua própria vida.

Artigo publicado por Carina Lentz Dutra (2012), apoiando-se em Daniel Machado da Rocha (2004, p. 111), conclui com clareza que a busca principal do que se entende por Seguridade Social é a busca de manutenção do *ser* em níveis adequados, tendo ela nítida vinculação com a dignidade humana:

Observamos aqui que a obrigação do Estado em respeitar a dignidade do indivíduo não se restringe à expectativa de não ser tratado arbitrariamente, mas, abrange uma obrigação prestatória diante da impossibilidade deste em prover para si uma existência humanamente digna. Sendo assim, é justamente quando o cidadão tem sua força laboral afetada, que a Previdência Social evidencia seu papel nuclear, na busca da manutenção do ser humano dentro de um nível minimamente adequado. A doutrina nacional que trata sobre os direitos fundamentais também reconhece a íntima vinculação entre o direito à Previdência Social e a dignidade humana, constituindo este um princípio basilar de todos os direitos sociais.

Reduzindo-se a previdência social e os benefícios dela decorrentes à categoria de direito fundamental, reserva-se aos aplicadores do direito a proteção máxima. Nesse sentido, extrai-se importante conclusão feita pelo ministro do Supremo Tribunal Federal, Celso de Mello, por ocasião do julgamento da Suspensão de Tutela Antecipada n. 175-AgR/CE<sup>12</sup>, apontando para as obrigações do Estado com tais garantias fundamentais e de não aboli-las:

<sup>12</sup> Notícias do STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/STA175.pdf>>. Acesso em: 02 mar. 2013.



Em grande medida, os direitos sociais traduzem-se para o Estado em obrigação de fazer, sobretudo de criar certas instituições públicas (sistema escolar, sistema de segurança social, etc.). Enquanto elas não forem criadas, a Constituição só pode fundamentar exigências para que se criem; mas após terem sido criadas, a Constituição passa a proteger a sua existência, como se já existissem à data da Constituição. As tarefas constitucionais impostas ao Estado em sede de direitos fundamentais no sentido de criar certas instituições ou serviços não o obrigam apenas a criá-los, obrigam-no também a não aboli-los uma vez criados.

Quer isto dizer que a partir do momento em que o Estado cumpre (total ou parcialmente) as tarefas constitucionalmente impostas para realizar um direito social, o respeito constitucional deste deixa de consistir (ou deixar de consistir apenas) numa obrigação positiva, para se transformar (ou passar também a ser) numa obrigação negativa. O Estado, que estava obrigado a actuar para dar satisfação ao direito social, passa a estar obrigado a abster-se de atentar contra a realização dada ao direito social.

Apesar de não se notar divergência na doutrina de que a Seguridade seja, de fato, um direito fundamental, nota-se que em termos infraconstitucionais e na aplicação esse direito tem muito a evoluir, como exemplifica Wagner Balera (2013), quando comenta das muitas modificações já ocorridas, que:

Nos quase quarenta anos que decorrem desde a promulgação solene da Norma Mínima, seus conceitos e propostas já se redefiniram intensa e substancialmente. Uma vez revelado o grau de proteção pessoal mínima que cumpre prestar este já se incorpora ao patrimônio jurídico das pessoas. Forçoso reconhecer que aqui não podemos falar de evolução histórica, pois essa síntese se confunde com o ideal de justiça. Ideal de justiça que se acha colocado no horizonte a que nos conduz, necessariamente, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, antecedente histórico da Norma Mínima.

Basta dizer – por ter vínculo advindo de direitos humanos reconhecidos, como fruto de reivindicações históricas – que a seguridade social é uma garantia sólida e devidamente inserida na Carta Magna, portanto, possui *status* de norma fundamental, com os privilégios decorrentes de tal categoria, entre as quais, com realce ao que interessa a esse estudo, está a imprescritibilidade<sup>13</sup>.

Alexandre de Moraes (1998, p. 41) defende, igualmente, a posição hermenêutica que há características próprias inseridas **nos direitos fundamentais**: “**imprescritibilidade**, inalienabilidade, irrenunciabilidade, **inviolabilidade**, universabilidade, efetividade, interdependência e complementariedade”.

<sup>13</sup> Aqui o termo é referido embarcando a ideia de prazo qualquer que seja, pela técnica, decadencial ou prescricional. De que o direito fundamental não pode ser impedido de ser reivindicado pelo decurso do tempo.



Mesmo privilegiada a dita norma fundamental pela imprescritibilidade, deve-se reconhecê-la somente enquanto não adotada pelo Estado, pois é na análise das reivindicações concretas que poderá ser verificado se, de fato, o direito social pleiteado não sofre com o perecimento pelo decurso do tempo.

#### 4 A PERDA DO DIREITO PELO DECURSO DO TEMPO

Ao se estabelecer o direito previdenciário como direito fundamental, há que se ter o cuidado de avaliar a possibilidade de perecimento desse direito pelo decurso do tempo, o que é previsível como regra dentro do ordenamento jurídico nacional pelos mecanismos de controle da Prescrição e da Decadência.

Sílvio Rodrigues (1993, p. 254) sustenta que é cogente as relações jurídicas se concretizem e se solidifiquem com o tempo, para ele “há um interesse social em que situações de fato que o tempo consagrou adquiram juridicidade, para que sobre a comunidade não paire, indefinidamente, a ameaça de desequilíbrio representada pela demanda”.

Antonio Winter de Carvalho (2010, p. 31-47), após analisar o instituto da prescrição nos ramos do direito civil, administrativo e constitucional chega à conclusão de que ele está presente em todos eles e que, por isso, seria peculiar à própria noção de direito, que prevê como regra a prescritibilidade – **e a imprescritibilidade como exceção** –, exatamente por causa da necessidade de estabilizarem as relações jurídicas, punindo-se o titular de situação jurídica que não lhe deu efetividade em certo limite temporal razoável, fixado-se prazos por lei. **Importante refletir que sua procedência está relacionada efetivamente com a punição** (por isso a pergunta a ser respondida pelo operador do direito, mais adiante, é se pode se punir o cidadão que recebe salário benefício – direito fundamental e de subsistência –, diante de suas limitações e ignorância, por não exercer seu direito de rever aquilo que indevidamente foi conferido pelo órgão Estatal que tem responsabilidade de ser fidedigno?).

A acuidade – para o direito previdenciário – está ligada ao conceito civilista, que pode ser visualizado no art. 189 do CC: “Violado o direito, nasce para o titular a pretensão”. A prescrição está descrita no Código Civil em seus artigos 205 e 206, e



é a perda da pretensão de exigir algo, ou seja, relacionada ao direito subjetivo ou de crédito. Já a decadência, no art. 207 do mesmo diploma, é definida como aquilo que não se aplica às normas que impedem, suspendem ou interrompem a prescrição.

Amorim Filho (2012, p. 23) destaca que todo prazo prescricional está ligado, necessária e indissolúvelmente, à lesão de um direito e que fato semelhante ocorre com o instituto da decadência, ou seja, todo prazo decadencial está ligado, também necessária e indissolúvelmente, ao exercício de um direito.

Assim, tanto o instituto da prescrição quanto o da decadência surgem como soluções criadas na esfera jurídica com o intuito de limitar o poder subjetivo, seja de direito ou ação das pessoas jurídicas ou naturais “detentoras de direitos”.

#### **4.1 Prescrição e decadência quando da reivindicação de direitos sociais pela revisão de benefícios previdenciários**

O critério mais divulgado para se fazer a distinção entre os institutos da prescrição e da decadência é de que o primeiro extingue o direito à ação e a decadência extingue o próprio direito. Contudo, tal critério não é razoável.

O processo distintivo, fundamental ao estudo, é o sugerido por Câmara Leal (1959, p. 133-134), assim resumido pelo referido autor:

É de decadência o prazo estabelecido pela lei, ou pela vontade unilateral ou bilateral, quando prefixado ao exercício do direito pelo seu titular. E é de prescrição, quando fixado, não para o exercício do direito, mas para o exercício da ação que o protege. Quando, porém, o direito deve ser exercido por meio da ação, originando-se ambos do mesmo fato, de modo que o exercício da ação representa o próprio exercício do direito, o prazo estabelecido para a ação deve ser tido como prefixado ao exercício do direito, sendo, portanto, de decadência, embora aparentemente se afigure de prescrição.

Contudo, a delimitação acima não resolve o problema como bem destacou Ângelo Amorim Filho no seu minucioso estudo feito para que se saibamos distinguir os dois institutos. Para ele, o critério estabelecido por Câmara Leal – também concebido por outros doutrinadores – reveste-se de dupla falha. Uma porque é um critério empírico e sem base científica (o que disse ser reconhecido pelo próprio doutrinador citado acima), não se identificando uma norma científica que diga



quando se trata de um ou outro instituto. Outra falha seria pela inexistência de critérios para se distinguir, direta ou indiretamente (por exclusão), **quais seriam as ações imprescritíveis**.

Assim, para definir de forma mais acentuada quando se trata de prescrição ou decadência em vista de uma ação aponta, Amorim Filho, para as classificações definidas por Chiovenda, quando trata dos direitos subjetivos, esses representados pelos direitos potestativos (poderes conferidos por lei a determinadas pessoas para influírem na vontade de outrem, que exerce sujeição – amigável ou judicial) e direitos de prestação (direitos reais e pessoais).

Esses direitos **potestativos** estão divididos em **três categorias**: aqueles que podem ser executados por simples declaração de vontade do titular, independentemente da via judicial; os que podem ser igualmente exercidos por simples declaração de vontade (pretensão), sem apelo judicial, mas somente se o sujeitoado (pessoa reivindicada) concordar, caso contrário o titular do direito potestativo pode recorrer ao Judiciário; e aqueles que só podem ser exercidos por meio de ação, como critério obrigatório, como forma de exercício do direito.

Sobre tal definição assinala Amorim Filho (2012, p. 8):

Ao propor uma daquelas ações por meio das quais são exercidos os direitos potestativos da segunda e da terceira categorias, o respectivo autor não pleiteia do réu qualquer prestação, seja prestação de dar, de fazer, de não-fazer, de abster-se, ou de outra espécie. O que ele visa com a propositura da ação é, apenas, criar, extinguir, ou modificar determinada situação jurídica, e isso é feito independentemente da vontade, ou mesmo contra a vontade da pessoa ou pessoas que ficam sujeitas aos efeitos do ato. Assim, o réu da ação, embora não fique obrigado a uma prestação, sofre uma sujeição. É o que ocorre, por exemplo, com a ação proposta pelo cônjuge coacto para anular o casamento. Julgada procedente a ação, o efeito da sentença não é a condenação do outro cônjuge a uma prestação, e sim a anulação do casamento. A tal efeito o outro cônjuge fica sujeito, mesmo contra sua vontade.

Assim, resumidamente, o citado jurista, ao discorrer sobre o tema, relaciona os direitos potestativos **às ações constitutivas** – distinguindo-as das ações condenatórias –, afirmando que cabe ação constitutiva quando **se procura obter a criação, modificação ou extinção de um estado jurídico**. Assim, as ações



constitutivas são o meio de exercício dos direitos potestativos. Podemos assim resumir, do estudo de Amorim Filho (2012, p. 18-20), o seguinte:

Há certos direitos cujo exercício afeta, em maior ou menor grau, a esfera jurídica de terceiros, criando para esses um estado de sujeição, sem qualquer contribuição da sua vontade, ou mesmo contra sua vontade. São os direitos potestativos. É natural, pois, que a possibilidade de exercício desses direitos origine, para os terceiros que vão sofrer a sujeição, uma situação de intranquilidade, cuja intensidade varia de caso para caso. [...] Assim, a exemplo do que ocorreu com referência ao exercício das ações condenatórias, surgiu a necessidade de estabelecer também um prazo para o exercício de alguns (apenas alguns) dos mencionados direitos potestativos, isto é, aqueles direitos potestativos cuja falta de exercício concorre de forma mais acentuada para perturbar a paz social. [...] **Assim, pode-se dizer, com relação aos direitos potestativos subordinados a prazo, que o prazo não é fixado, propriamente, para a propositura da ação, mas para o exercício do direito.**

Com referência àqueles direitos potestativos para cujo exercício a lei não achou necessário fixar um prazo especial, fica prevalecendo, então, o princípio geral da inesgotabilidade ou da perpetuidade (os direitos não se extinguem pelo não-uso), pois não há dispositivo estabelecendo um prazo geral para que os direitos potestativos sejam exercitados sob pena de extinção. Relativamente a tais direitos só há prazos especiais.

[...]

Por conseguinte, também se impõe, necessariamente, a conclusão de que só na classe dos potestativos é possível cogitar-se da extinção de um direito em virtude do seu não-exercício. **Daí se infere que os potestativos são os únicos direitos que podem estar subordinados a prazos de decadência, uma vez que o objetivo e efeito desta é, precisamente, a extinção dos direitos não exercitados dentro dos prazos fixados.** A conclusão imediata é, igualmente, inevitável: as únicas ações cuja não propositura implica na decadência do direito que lhes corresponde **são as ações constitutivas**, que têm prazo especial de exercício fixado em lei, e apenas essas, pois – insista-se – **a lei não fixa prazos gerais para o exercício de tais ações, a exemplo do que ocorre com as condenatórias** (art. 177) [que estão sujeitas a prescrição, art. 205, Código Civil de 2002]. (sem grifos no original).

Assim, conclui o renomado jurista:

1ª) - Estão sujeitas a prescrição (indiretamente, isto é, em virtude da prescrição da pretensão a que correspondem): - todas as ações condenatórias, e somente elas;

2ª) - Estão sujeitas a decadência (indiretamente, isto é, em virtude da decadência do direito potestativo a que correspondem): - as ações constitutivas que têm prazo especial de exercício fixado em lei;

3ª) - São perpétuas (imprescritíveis): - a) as ações constitutivas que não têm prazo especial de exercício fixado em lei; e b) todas as ações declaratórias. Várias inferências imediatas podem ser extraídas daquelas três proposições. Assim: a) não há ações condenatórias perpétuas (imprescritíveis), nem sujeitas a decadência; b) não há ações constitutivas sujeitas a prescrição; e c) não há ações declaratórias sujeitas a prescrição ou a decadência.



Sob tal enfoque, entende-se que diante dos aspectos fundamentais descritos acima, que asseguram a imprescritibilidade, seria inviável ao legislador fixar um prazo para impedir um cidadão de reivindicar seu direito social, seja de concessão seja de revisão.

Usando as palavras de Vilian Bollmann e Gustavo Pedroso Severo (2012), ao tratarem do assunto:

Em breve síntese (diante dos fins deste trabalho e do espaço limitado), a partir desta distinção teórica, é possível afirmar que a prescrição está ligada a direitos a uma prestação (absolutos, como os direitos reais oponíveis “erga omnes”, ou relativos, como os pessoais), que podem ser violados, surgindo, então, a pretensão (= poder de exigir) à qual corresponde uma ação processual do tipo condenatória. A decadência, por sua vez, corresponde à extinção de direitos potestativos subordinados a um prazo para o seu exercício; estes direitos não podem ser violados, pois o outro (eventual réu em ação posterior) está em uma relação de sujeição, que, se necessária intervenção judicial, corresponderá a uma ação de eficácia preponderantemente constitutiva.

Partindo das premissas acima, para afirmar se o direito de revisão pode deixar de existir pelo transcurso de tempo, **restaria então definir se as ações revisionais previdenciárias têm natureza condenatória (prescritíveis) ou constitutiva (sujeitas à decadência).**

Dias e Macedo (2010, p. 328 e 333), em certa passagem de sua obra, traduz o “direito revisional” (ação revisional de benefício previdenciário) como espécie de direito potestativo constitutivo, ou seja, aquele que estaria subordinado somente à decadência, admitindo-se, assim a impossibilidade de revisão de atos administrativos de concessão ou não de benefício previdenciário, se decorrido certo prazo fixado em lei. Admitem, contudo, a continuidade da pretensão, a qual poderia ser renovada por novo pedido, e dizem que “A ação ajuizada pelo beneficiário é de natureza constitutiva, visa a modificar o ato administrativo que indeferiu o benefício previdenciário”.

Partindo da conclusão acima, se há uma lei que fixa prazo para extinção do direito de ação, pode-se sustentar que há decadência e se tratará de ação constitutiva<sup>14</sup>.

<sup>14</sup> É a ação de conhecimento que tem por fim a criação, modificação ou a extinção de uma relação jurídica, sem estatuir qualquer condenação do réu ao cumprimento de uma prestação, produzindo efeitos *ex tunc* ou *ex nunc*.



Ao contrário, Evandro Martins (2012), arguindo a existência da prescrição em matéria de modificação judicial de benefício previdenciário, **diz que as ações seriam sempre condenatórias ao exigirem a mudança da conduta da administração** e, portanto, estariam **sujeitas somente ao prazo de prescrição**.  
Veja:

Mais uma vez, discorda-se dos aludidos autores, por dois motivos, a saber: primeiramente, que os feitos judiciais envolvendo benefícios previdenciários são sempre ações condenatórias, já que almejam mudar a conduta da Administração, isto é, determinam que a Administração proceda de maneira diferente do que fez no ato administrativo impugnado, ou em palavras mais claras, que refaça o ato administrativo a partir do momento em que começou a praticar a ilegalidade. Em segundo lugar, porque o Judiciário não pode originariamente deliberar, em caso concreto, sobre direito a benefício previdenciário em face do INSS, e assim “constituir” direito.

Entende-se como mais coerente e justo, em se tratando de direitos fundamentais em jogo, o enunciado no estudo acima de Evandro Martins, para quem as ações revisionais de benefícios previdenciários sejam sempre afetadas somente pelo prazo prescricional, por tratar-se de a revisional de ação condenatória, o que se extrai também das lições acima de Amorim Filho.

Ocorre que a própria legislação infraconstitucional estabelece prazos quando não há. Se falarmos de ação revisional de benéfico, parece mais congruente, como outrora sustentado, falar em ação condenatória, assim, não haveria perecimento do fundo do direito e nem sealaria em decadência, ou seja, **não se pode perder o direito de reivindicar um direito tido por fundamental**<sup>15</sup>.

<sup>15</sup> A máxima seria a interpretação dada pela Súmula 163 do Colendo STF, pois as prestações erroneamente pagas e que necessariamente deveriam ser revistas considerando o mês a mês: "Nas relações jurídicas de trato sucessivo, em que a Fazenda Pública figure como devedora, somente prescreve as prestações, vencidas antes do quinquênio anterior à propositura da ação". Vários tribunais firmaram posição adotando a imprescritibilidade. Mas, na grande maioria, sustentam a imprescritibilidade por defenderem a tese do trato sucessivo das parcelas que vão sendo pagas mês a mês associados a não prescrição do fundo do direito. Tal entendimento, firmado nas súmulas 85 e 163 do STJ, na verdade, sustenta a prescritebilidade e se aplica unicamente quanto se fala em prescrição, não servindo para tese de decadência. Nesse sentido era o noticiado: "Se a causa não versa sobre o quantum devido a título de gratificação, mas sobre a própria existência do direito a ela, a prescrição atinge o chamado "fundo do direito" e não as parcelas que dele decorreriam (Súmula 443-STF). Hipótese em que não se exige, para a fixação do dies a quo do prazo prescricional, o indeferimento expresso pela Administração do direito reclamado pelos servidores. Precedente citado: RE 110.419-SP (RTJ 130/319). RE (EDiv) 112.649-PR, rel. Min. Marco Aurélio, sessão de 30.10.95". Há quem entenda, ainda, a



## 5 INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 103 DA LEI 8.213/91 (REDAÇÃO DADA PELA LEI 10.839, DE 2004) POR FIXAR PRAZO DECADENCIAL À REVISÃO

Por tudo que foi sustentado acima, sendo a seguridade um direito humano fundamental, não poderia ela ser restringida por leis infraconstitucionais em modificação à essência das reivindicações históricas que lhe deram força, impedindo, por meio da fixação de prazo decadencial, o acesso ao próprio direito, que não está simplesmente em assegurar um salário de benefício em si, ou no caso em estudo sua revisão, mas acima de tudo **assegurar proporções razoáveis e justas de tal concessão.**

O Juiz Manoel Rolim Campbell Penna do Tribunal Regional Federal da quarta região, em voto vista, nos autos de Incidente de Uniformização 20075160003313-6, critica o legislador ao definir prazo impossível e reiterou a natureza jurídica do art. 103 da Lei 8.213/91, por exemplo, como sendo de prescrição, dizendo:

Só da redação do dispositivo já é perceptível a 'salada' feita pelo legislador ao falar em decadência do direito de ação. A técnica legislativa fica mais evidente quando se tenta aplicar a principiologia da decadência à situação de fato.

**Com efeito, vindo o novel dispositivo legal para obstar a intenção do segurado de haver revisão do ato de concessão de seu benefício previdenciário, de que direito potestativo se estaria a falar? Do direito de ajuizar ação para obter a revisão?**

Tampouco se pode dizer que o direito do segurado rever o ato de concessão de seu benefício previdenciário configuraria direito potestativo, pois, pra assim ser, seria necessário que ele pudesse, *sponte propria*, proceder a tal revisão. O que, bem sabemos, não é assim. É preciso ele deduzir essa sua pretensão em juízo e **postular a condenação** da

---

inaplicabilidade da decadência por aplicação isonômica à parte final do art. 103-A da lei previdenciária, que fixa o prazo decadencial para revisão de atos pela administração ressalvada a má-fé. Nesse caso, se a administração, com toda sua superioridade hierárquica e legal, não observou a legalidade na concessão do benefício, calculando-o a menor, teria agido em desrespeito à moralidade, a qual deve gerir os atos administrativos, assim, estaria o cidadão apto a ingressar com ação revisional a qualquer tempo, sendo observado, apenas, o prazo prescricional pelo princípio da isonomia. Ainda se vê, que a Lei n. 8.213/91 garante o direito à imprescritibilidade de reaver prestações vencidas ou quaisquer restituições ou diferenças devidas pela previdência apenas para menores, incapazes e ausentes – indivíduos desaparecidos que são reconhecidos como tal por sentença judicial. E há, também, um Projeto de Lei n. 303/11, do deputado Marçal Filho (PMDB-MS), em tramitação na Câmara para que os idosos possam ter o direito de requerer, a qualquer tempo, restituições, prestações vencidas ou diferenças devidas pela Previdência Social.



Previdência Social para obter a revisão do ato de concessão de seu benefício previdenciário.

Sendo ainda que, por óbvio, a autarquia previdenciária pode contestar, no todo ou em parte, a pretensão de reavaliação da concessão do benefício previdenciário. Pode, inclusive, obter sucesso nessa resistência. Que direito potestativo é esse, passível de violação e de contestação, a ser defendido por ação condenatória?

Trata-se, indubitavelmente, de um direito (ao benefício previdenciário) que, nascido, foi exercido por seu titular em tempo próprio, tanto que obteve o benefício. Mas sua instituição, dependente de ato de terceiro (o instituto de previdência), pode ter se dado incorretamente, isto é, pode ter havido violação do direito do segurado ao benefício no momento em que ele lhe foi concedido pela Previdência Social.

Disso ressaí inequívoco que o que a alteração na lei previdenciária veio prever foi hipótese de prescrição de fundo de direito, e não de decadência. (grifou-se)

A regra geral, prevista na Lei 8.213/91, no art. 103<sup>16</sup>, é que o direito de entrar com ação contra a Previdência, por falta/falha de pagamento, prescreve em (05) cinco anos a contar da data em que o pagamento deveria ter sido feito e pode decair o segurado interessado, no prazo de (10) dez anos, de todo e qualquer direito ou ação ou o beneficiário para a revisão do ato de concessão.

Nesse caso, o direito subjetivo ao benefício previdenciário não prescreve; o que é submetido à prescrição são as prestações de tal benefício. Entretanto, o indivíduo sempre terá a oportunidade de receber o reconhecimento, seja por vias extrajudiciais ou jurisdicionais, da existência de seu direito ao benefício ou readequação dele, para que lhe satisfaça a condição humanitária fundamental vinculada tal pedido, não poderia deste decair o segurado. **Assim afirma-se, porque não é só a concessão do salário de benefício que resguarda um direito fundamental, mas o ato de revisão também, ainda mais quando a permissão (concessão) inicial for viciada e contrária à lei.**

---

<sup>16</sup> Art. 103. É de dez anos o prazo de decadência de todo e qualquer direito ou ação do segurado ou beneficiário para a revisão do ato de concessão de benefício, a contar do dia primeiro do mês seguinte ao do recebimento da primeira prestação ou, quando for o caso, do dia em que tomar conhecimento da decisão indeferitória definitiva no âmbito administrativo. (Redação dada pela Lei nº 10.839, de 2004)

Parágrafo único. Prescreve em cinco anos, a contar da data em que deveriam ter sido pagas, toda e qualquer ação para haver prestações vencidas ou quaisquer restituições ou diferenças devidas pela Previdência Social, salvo o direito dos menores, incapazes e ausentes, na forma do Código Civil. (Incluído pela Lei nº 9.528, de 1997).



Bom esclarecer que esse prazo de dez anos, do *caput* do artigo 103 da Lei 8.213/91, com redação dada pela Lei 10.839/2004, infelizmente também é destinado à revisão do ato de indeferimento inicial do benefício, em virtude da expressão “decisão indeferitória”, posta no fim do preceptivo legal. São de Dias e de Macêdo (2010, p. 329) as seguintes asseverações:

Parece-nos que a intenção do legislador foi tornar imutável a decisão administrativa proferida no pedido de concessão de benefício: se a decisão foi pelo deferimento, abre-se o prazo de dez anos para rever esse ato de concessão, a contar do dia primeiro do mês seguinte ao do recebimento da primeira prestação. Se, ao contrário, a decisão foi pelo indeferimento do benefício do benefício, o beneficiário terá o prazo igualmente de dez anos para rever o ato de indeferimento, a contar do dia em que tomar conhecimento da decisão indeferitória definitiva no âmbito administrativo.

Nesse sentido orientou, oportunamente, o Superior Tribunal de Justiça<sup>17</sup> quando disse que o art. 103 da Lei de Benefícios, ao dispor sobre o prazo decadencial de 10 (dez) anos, o fez de forma abrangente, não se limitando apenas à revisão de benefício, mas também dando prazo para todo e qualquer direito ou ação no sentido de alterar o ato de concessão do benefício. Inclui-se nisso o direito de renunciar à aposentadoria a contar do dia primeiro do mês seguinte ao do recebimento da primeira prestação ou, quando for o caso, do dia em que tomar conhecimento o segurado da decisão indeferitória definitiva no âmbito administrativo, o que parece ser lastimável ao direito.

Anteriormente, a Lei 9.711/1998 reduziu o referido prazo decenal instituído pela MP 1523-9/1997 para cinco anos. Entretanto, antes que o quinquênio da referida lei tivesse transcorrido, contado da primeira previsão de prazo decenal, foi editada outra MP, a de 138, de 19/11/2003, restabelecendo aquele prazo decadencial em 10 (dez) anos, hoje determinado pela Lei 10.839, de 05/02/2004.

Thiago Faggioni Bachur e Fabrício Barcelos Vieira (2010) afirmam que esta sucessão legislativa resultou no seguinte contexto histórico:

– até 27/06/1997 – não havia previsão legal de prazo decadencial, ou de prescrição de fundo de direito, para a revisão dos atos de instituição dos benefícios previdenciários;

<sup>17</sup> AgRg no REsp 1271728/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 23/10/2012, DJe 29/10/2012.



– de 28/06/1997 a 20/11/1998 – tais revisões passam a estar sujeitas a prazo decadencial de 10 (dez) anos;

– de 21/11/1998 a 19/11/2003 – as revisões sujeitam-se a prazo decadencial de 5 (cinco) anos;

– a partir de 20/11/2003 – tais revisões voltam a se submeter a prazo decadencial de 10 (dez) anos.

É importante voltar no tempo e lembrar como era a legislação antiga. Antes da modificação provocada pela MP 1523-9/1997, na Lei 8.213/91 não existia previsão de decadência ou caducidade do direito do segurado da Previdência Social de postular a revisão do ato de concessão e da fixação da Renda Mensal Inicial (RMI) de seu benefício previdenciário.

A redação original do art. 103 da Lei n. 8.213/91 dizia que "sem prejuízo do direito ao benefício, prescreve em 5 (cinco) anos o direito às prestações não pagas nem reclamadas na época própria, resguardados os direitos dos menores dependentes, dos incapazes ou dos ausentes".

Falava-se apenas na prescrição de parcelas e não da decadência, o que era correto.

Assim, observa-se que o Regime Geral da Previdência Social - RGPS não contemplava hipótese de "prescrição de fundo de direito"<sup>18</sup> nem em decadência relativamente à revisão do ato de concessão de benefício previdenciário.

Observa-se que não há a chamada prescrição do fundo de direito, como destacam outras decisões recentes do STJ<sup>19</sup>. Ivan Kertzman (2009, p. 420)

<sup>18</sup> Pelo que prevalecia a mesma tese prevista na súmula nº 85 do STJ. "Nas relações jurídicas de trato sucessivo em que a Fazenda Pública figure como devedora, quando não tiver sido negado o próprio direito reclamado, a prescrição atinge apenas as prestações vencidas antes do quinquênio anterior à propositura da ação". STJ Súmula nº 85 - 18/06/1993 - DJ 02.07.1993.

<sup>19</sup> ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. ART. 535 DO CPC. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. LEGISLAÇÃO VIGENTE À ÉPOCA DO ÓBITO. REQUISITOS LEGAIS. ENTENDIMENTO CONTRÁRIO. SÚMULA 7/STJ. PRESCRIÇÃO DO FUNDO DE DIREITO. SÚMULA 85/STJ. 1. Inexiste a alegada negativa de vigência ao art. 535, incisos II e III, do CPC nos casos em que o Tribunal de origem julga o feito de maneira clara e suficientemente fundamentada, apenas não adotando a tese pretendida pela recorrente. 2. A concessão do benefício previdenciário deve ser disciplinado pelas normas vigentes ao tempo do fato gerador, qual seja, o óbito do instituidor por força da aplicação do princípio *tempus regit actum* e que, para a sua concessão, devem ser prontamente comprovados os requisitos demandados pelos



sustenta, por isso, que um segurado ou seus dependentes podem **a qualquer tempo** requerer o benefício.

Há quem sustente, contudo, que o prazo decadencial decenal da lei em comento não atinge o direito ao benéfico em si, pois esse direito quando adquirido, é inatacável, por expressa previsão constitucional. É neste sentido a decisão do TRF – 3ª REGIÃO, na Apelação Cível Nº 2007.03.99.018251-8 da Relatoria do Des. Fed. Leide Polo da Sétima Turma DJF3 em 26/11/2008 (p: 720):

PREVIDENCIÁRIO – PENSÃO POR MORTE – LEGISLAÇÃO APLICÁVEL – (...) O instituto da decadência não estava contemplado na redação original da Lei nº 8.213/91, que previa somente, em seu art. 103, a prescrição das prestações não pagas em sua época própria. Por sua vez, o aludido art. 103 teve, por diversas vezes, a sua redação alterada, de modo a estabelecer, a partir da MP nº 1.523/97, um prazo decadencial, ora de 10 anos, ora de 05 anos, para a revisão do ato de concessão de benefício. DEPREENDE-SE, PORTANTO, QUE A DECADÊNCIA REFERE-SE APENAS E TÃO-SOMENTE AO DIREITO À REVISÃO DO ATO DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIO, E NÃO AO PRÓPRIO ATO DE CONCESSÃO EM SI (...).

Ocorre que mesmo o ato concessão pode conter erros necessários de revisão, erros e máculas que podem afetar a subsistência do beneficiário, ferindo o direito fundamental que resguarda tal crédito e que, não pode decair com o tempo, pois a falta de reivindicação judicial pode ser imotivada, seja pela “miserabilidade jurídica” ou pelo desinteresse momentâneo, o que não poderia justificar a penalização do sujeito, nem geraria isso uma insegurança jurídica a ser preservada em detrimento ao direito fundamental.

Contudo, como dito acima e convalidado por doutrinadores, observa-se que nem o prazo decenal nem o quinquenal, estipulados no art. 103 e parágrafo único da Lei n. 8.213/91, podem atingir o direito ao benefício em si, nem servem ao tipo de

---

beneficiários. 3. Entendimento diverso acerca do que foi firmado pelo Tribunal de origem - em relação ao preenchimento dos requisitos legais aptos a concessão da pensão por morte em exame nos autos -, enseja, necessariamente, o revolvimento do conjunto fático-probatório dos autos, o que é vedado, na via do recurso especial, ante o óbice estabelecido na Súmula 7/STJ. 4. Não há a chamada prescrição do fundo de direito, haja vista que no tocante às pensões e aos benefícios regidos pela Lei 1.711/52 é de se adotar a imprescritibilidade quanto ao direito à postulação, considerando-se prescritas tão somente as prestações que antecedem o quinquênio anterior à propositura da ação. 5. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 67.283/CE, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/03/2012, DJe 28/03/2012).



ação potestativa condenatória da administração (por isso só sujeito ao prazo prescricional).

Diferentes teses surgem para aqueles que pretendem se valer da legalidade e aplicar os prazos instituídos pela lei. Contudo, o que se defende é a impossibilidade de fixação de um prazo decadencial, seja para revisão ou para a concessão, pelo entendimento de serem as ações destinadas a isso condenatórias e, portanto, imprescritíveis e também por ser impossível extinguir o direito de ação – em vista do caráter fundamental de qualquer direito ou ação do segurado beneficiário à reivindicação dos benefícios, inclusive a revisão do ato de concessão.

O que se nota, por todo exposto, é que a fixação na Lei 8.213/91 de um prazo decadência é totalmente inconstitucional. Com prudência alguns julgadores – com sensibilidade peculiar à questão humana fundamental –, tem sustentado esta inconstitucionalidade, entre os quais destaco o Doutrinador e Magistrado Dr. José Antonio Savaris, como pode ser lido na decisão de sua relatoria votada na terceira turma recursal do Juizado Especial Federal do Estado do Paraná, no julgamento Processo: 5052174-15.2011.404.7000, em 30/04/2013:

A norma jurídica infraconstitucional que, em caso de violação estatal do direito à previdência social, estipula limite de prazo para o requerimento de tutela jurisdicional tendente a determinar a cessação da violação desses direitos humanos, a um só tempo: a) malfere o direito ao mínimo existencial de que se reveste o direito fundamental à previdência social; b) implica denegação de justiça.

Pela primeira via, o decurso do tempo separará a pessoa da proteção social a que, em tese, faz jus, de modo que o instituto da prescrição do fundo do direito, nesta seara, pode iludir o direito fundamental à previdência social (CF/88, art. 6º, caput) e, por consequência, o princípio fundamental da dignidade humana (CF/88, art. 1º, III). Pela segunda via, a prescrição do fundo do direito revela-se violadora do direito constitucional de acesso à justiça (CF/88, art. XXXV) e do direito a um remédio jurídico eficaz que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição, consagrado na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Art. 25, item "1" do Pacto de San José da Costa Rica), ato normativo de estatura supra-legal.

Nessas condições, afigura-se inconstitucional a norma jurídica que chancela, pelo decurso tempo, a violação do direito humano e fundamental à previdência social, impondo prazo para a proteção judicial contra ato estatal que o tenha negado, integral ou parcialmente.

É inconstitucional a regra contida no art. 103, caput, da Lei 8.213/91, com a redação dada pela MP 1.523-9, de 28/06/1997, quando estipula prazo decadencial (prescrição do fundo do direito, mais propriamente) para a revisão do ato de concessão de benefício previdenciário, porque implica, em suas consequências, a irreversibilidade do ato estatal que viola direito intimamente ligado ao mínimo existencial e à dignidade humana.



Todavia, esse não é o entendimento que prevalece em nossa jurisprudência, razão pela qual desenvolvo o presente voto a partir de outra perspectiva.

Contudo, apesar das limitações legais, a orientação do STJ passou a admitir a decadência de revisão de benefícios previdenciários anteriores ao ano de 1997<sup>20</sup>. A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ) mudou o entendimento antes aplicado pela Terceira Seção sobre o tema e admitiu também a decadência decenal para revisão de benefícios previdenciários anteriores a 1997, contando-se a partir da edição da lei que passou a fixar tal prazo.

O STF após repercussão geral sobre o tema decidiu em 16/10/2013 que o prazo de dez anos para a revisão de benefícios previdenciários é aplicável aos benefícios concedidos antes da Medida Provisória (MP) 1.523-9/1997, que o instituiu. Por unanimidade, o Plenário deu provimento ao Recurso Extraordinário (RE) 626489, interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), para reformar acórdão de Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais da Seção Judiciária do Estado de Sergipe que entendeu inaplicável o prazo decadencial para benefícios anteriores à vigência da MP. A decisão estabeleceu ainda que, no caso, o prazo de dez anos para pedidos de revisão passa a contar a partir da vigência da MP, e não da data da concessão do benefício.

<sup>20</sup> STJ - REsp 1303988 / PE - PREVIDÊNCIA SOCIAL. REVISÃO DO ATO DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. DECADÊNCIA. PRAZO. ART. 103 DA LEI 8.213/91. BENEFÍCIOS ANTERIORES. DIREITO INTERTEMPORAL. 1. Até o advento da MP 1.523-9/1997 (convertida na Lei 9.528/97), não havia previsão normativa de prazo de decadência do direito ou da ação de revisão do ato concessivo de benefício previdenciário. Todavia, com a nova redação, dada pela referida Medida Provisória, ao art. 103 da Lei 8.213/91 (Lei de Benefícios da Previdência Social), ficou estabelecido que "É de dez anos o prazo de decadência de todo e qualquer direito ou ação do segurado ou beneficiário para a revisão do ato de concessão de benefício, a contar do dia primeiro do mês seguinte ao do recebimento da primeira prestação ou, quando for o caso, do dia em que tomar conhecimento da decisão indeferitória definitiva no âmbito administrativo". 2. Essa disposição normativa não pode ter eficácia retroativa para incidir sobre o tempo transcorrido antes de sua vigência. Assim, relativamente aos benefícios anteriormente concedidos, o termo inicial do prazo de decadência do direito ou da ação visando à sua revisão tem como termo inicial a data em que entrou em vigor a norma fixando o referido prazo decenal (28/06/1997). Precedentes da Corte Especial em situação análoga (v.g.: MS 9.112/DF Min. Eliana Calmon, DJ 14/11/2005; MS 9.115, Min. César Rocha (DJ de 07/08/06, MS 11123, Min. Gilson Dipp, DJ de 05/02/07, MS 9092, Min. Paulo Gallotti, DJ de 06/09/06, MS (AgRg) 9034, Min. Félix Ficher, DL 28/08/06). 3. Recurso especial provido.



Disse, LAMENTAVELMENTE E POR FIM, que não há inconstitucionalidade na criação de prazo decadencial razoável para a revisão dos benefícios já reconhecidos. Para isso o relator lembrou que a lei passou a prever o mesmo prazo para eventuais pretensões revisionais da administração pública que, depois de dez anos, também fica impedida de anular atos administrativos que gerem efeitos favoráveis para seus beneficiários. “Considero que o prazo de dez anos é inequivocamente razoável. É tempo mais do que suficiente para a resolução de eventuais controvérsias interpretativas e para que o segurado busque as informações relevantes” (argumentação muito aquém da importância de tal assunto *data venia*).

Nota-se, apesar disso, que a interpretação do referido dispositivo tomou um caminho inverso ao de se averiguar a validade jurídica da instituição da decadência previdenciária, concentrando-se apenas na determinação do termo inicial e final do prazo decadencial, segundo regras hermenêuticas de aplicação retroativa ou não da norma que o instituiu, desconsiderando, completamente, os casos de ignorância dos segurados, desconhecimento (fragilidade) e ilegalidades administrativas da concessão viciadas na origem, que nunca poderiam seguir a limitação temporal, ainda mais considerando o princípio do *indubio pro misero*.

Há que se entender que o ato de rever administrativamente o benefício, quando nulo, sendo **ele vinculado diretamente a prestações alimentar**, devidas se erige como Direito Humano e Fundamental de 2ª Dimensão, ou de matriz social, **mutável a qualquer tempo constando-se a violação** (erro de fato ou de direito)<sup>21</sup>.

<sup>21</sup> Aponta-se para necessidade de limitação na atuação do legislador, justamente para coibir excessos no que concerne aos direitos fundamentais sociais, dentre os quais o direito à proteção previdenciária. Assim: “Garantias de tal índole (direitos fundamentais sociais) como, por exemplo, o direito ao trabalho, a uma remuneração adequada ou o direito a habitação, são, todavia, de estrutura totalmente diferente como aquela dos direitos fundamentais clássicos. Eles não se deixam realizar já por eles serem organizados, respeitados e protegidos, senão pedem ações estatais para a realização do programa social contido neles, que requerem regularmente um tornar-se ativo não só do legislador, mas também da administração(...). Ao fim e ao cabo, direitos fundamentais sociais mal se diferenciam, por isso, de determinações de objetivos estatais, isto é, normas constitucionais que determinam obrigatoriamente tarefas e direção da atuação estatal, presente e futura. Os estabelecimentos de objetivos fixados jurídico-constitucionalmente obtém, com isso, primazia sobre estabelecimentos de objetivos políticos; nisso, a liberdade conformadora do legislador é restringida”. (HESSE, 1998, p. 170-171).



Nesse passo, ensina Reinhold Zippelius (1997, p. 419) que “a função principal dos direitos fundamentais consiste em proteger um espaço de liberdade individual contra a ingerência do poder do Estado e contra a sua expansão totalitária”. No que se vê, a lei em comento fez justamente o contrário, ao restringir direito fundamental, pois impede a possibilidade de rever ato ainda que nulo (evitado de vício em sua origem) ou errôneo, prejudicando a subsistência dos segurados atingidos. Isto é afetar-lhes o direito fundamental.

Emerge desse conflito, iniciado na norma material, entre o poder perder e o poder ganhar, entre prescrever e decair, uma necessidade de observar-se além da norma, mas na função que ela deve ter em pacificação e justiça social, nisso a discussão sobre a essência da previdência como direito fundamental é relevante.

José Antonio Savaris (2012) chama a atenção a isso quando diz:

Mas a questão fundamental não é essa. E tampouco é saber se incide o prazo decadencial quando a revisão judicial se relaciona com tempo de serviço não discutido na esfera administrativa. E, com o máximo respeito, também não era fundamental analisar a letra da lei, para descobrir se o direito à revisão do ato de indeferimento de benefício previdenciário ou assistencial sujeita-se igualmente ao prazo decadencial de dez anos (Súmula 64 da TNU). O que realmente importa nessa discussão é que os direitos humanos são imprescritíveis. A qualquer tempo é possível e necessário fazer cessar a violação de direitos humanos. O direito à Previdência Social é expressamente reconhecido como direito humano em tratados de que a República Federativa do Brasil é signatária.

Concluindo com as palavras do Min. Carlos Eduardo<sup>22</sup>: “Há lesões tão profundas na condição humana que não duram tempo, duram a vida, e, portanto, enquanto houver vida há imperiosidade da reparação”.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Inegavelmente, a importância da Previdência Social e do próprio benefício previdenciário deve motivar profunda reflexão, a fim de que possamos estabelecer a

<sup>22</sup> *in* TRF4 – Apelação Cível: AC 2201 SC 2008.72.08.002201-1. Rel. Min. Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, 3ª T., j. 24/08/2010, DE 27/08/2010.



relevância das origens desses direitos, os quais, por certo, advêm de lutas históricas por reconhecimento.

Uma das figuras mais importante dessa análise não é o legislador (sem desmerecer sua importância), mas o aplicador do direito que deve estar comprometido com os princípios motivadores das normas, possibilitando-se a ele, inclusive, a inaplicabilidade de leis injustas. A pergunta marcante de Dworkin (1999) deve ser traduzida, qual seja: Quando a lei que rege um problema concreto é manifestamente injusta, o dever do julgador é aplicá-la, mesmo sabendo que comete uma injustiça com as pessoas envolvidas, ou é afastá-la, decidindo da forma que lhe pareça mais equitativa e justa para a situação concreta?

Na visão filosófica do Direito Natural, entende-se que poderá haver até inconstitucionalidade da própria constituição originária quando for contra os princípios ditos naturais, quais sejam, aqueles que decorrem da própria natureza das coisas, como ensina Juarez Freitas (1989).

Assim, identificou-se nas premissas acima que o doutrinador e o julgador, na condição que possuem devem ater-se às origens, a fim de que as imposições legais não sejam simplesmente aceitas, referindo-se em particular ao art. 103, *caput*, da Lei n. 8.213/91 que se analisou. Com base nisso é que se estabeleceu como premissa sustentável – por meio de uma verificação de marcos bem estabelecidos –, que o direito à previdência social é um direito fundamental inscrito na Carta Constitucional vigente e, por assim o ser, é detentor de características próprias que lhe dão legitimidade, entre as quais de que ele não pode se perder pelo decurso do tempo, pois é justamente no tempo histórico que foram forjadas suas peculiaridades e força.

Contudo, dentro do Estado Democrático de Direito, há que se validarem, também, normas de conduta processual – não menos importantes –, a fim de viabilizar o sistema. Mas a ideia de viabilidade não pode provocar injustiças, as quais parecem visualizar-se na imposição de um prazo para que o segurado, beneficiário da previdência, e detentor desse direito fundamental, reveja atos de concessão nulos ou viciados.

Nessa reflexão, observou-se que a legislação previdenciária se valeu dos institutos da prescrição e decadência, quando somente o primeiro seria viável em se falando de ação revisional ou direito de revisão, e, ainda, que esta prescrição atinge



tão somente o fundo do direito e não ele em si. Ao que se notou, até mesmo pela natureza da ação revisional, que se entende como sendo de caráter condenatório, ou seja, que não admite em si a concepção de decadência. É essa a razão de ser insuscetível de perimento por um prazo decadencial, pois ao se falar em imprescritibilidade (em se tratando de características dos direitos fundamentais) não faz o doutrinador, normalmente, a devida diferenciação entre os dois institutos. Como visto, ambos decorrem da inércia do 'autor' e lhe ferem o direito, ou de ação ou ele em si. Mas sua aplicação é restrita ao caso. Em resumo, diz-se que a prescrição está ligada a um direito (uma prestação) que pode ser violada, surgindo, então, a pretensão (= poder de exigir) à qual corresponde uma ação processual do tipo condenatória. A decadência, por sua vez, corresponde à extinção de direito potestativo subordinado a um prazo para o seu exercício; estes direitos não podem ser violados, pois o outro (no caso o Instituto Nacional de Seguridade Social) estará em uma relação de sujeição, que, se necessária intervenção judicial, corresponderá a uma ação de eficácia preponderantemente constitutiva, o que não ocorre na ação revisional, ou seja, vê-se a ilegalidade, a inconstitucionalidade do *caput* do art. 103 da Lei 8.213/91.

A condição a ser lembrada de "miserabilidade jurídica, financeira e social" há que ser ressaltada ainda, pois impedir que o cidadão exerça seu direito fundamental, entendido como um benefício digno e legal, impedindo sua revisão quando reconhecidamente há falhas em sua concessão é restringir-lhe uma garantia que não pode se perder com o tempo. Isso deve ser mudado.

## REFERÊNCIAS

AMORIM FILHO, Agnelo. **Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis.** Disponível em: <[http://disciplinas.stoa.usp.br/pluginfile.php/17562/mod\\_resource/content/1/CRITERIO%20CIENFICO%20PRESCRICAO%20e%20DECADENCIA-2.pdf](http://disciplinas.stoa.usp.br/pluginfile.php/17562/mod_resource/content/1/CRITERIO%20CIENFICO%20PRESCRICAO%20e%20DECADENCIA-2.pdf)>. Acesso em: 25 nov. 2012.

AMORIM, Filho Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar ações imprescritíveis. **Revista dos tribunais**, n. 744.

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.



AVANCI, Thiago Felipe de Souza. Direitos fundamentais: aspectos estruturais. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 14, n. 2159, 30 maio 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/12838>>. Acesso em: 02 abr. 2013.

BACHUR, Tiago Faggioni; VIEIRA, Fabrício Barcelos. **A Decadência e a Prescrição nas Ações Previdenciárias**. Instituto de Estudos Previdenciários (IEPREV) - Belo Horizonte. Data de inserção: 05/03/2010. Disponível em <<http://www.ieprev.com.br/conteudo/viewcat.aspx?c=18367>>. Acesso em: 01 dez. 2012.

BALERA, Wagner. **A Seguridade Social na Constituição de 1988**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

BALERA, Wagner. **Noções Preliminares de Direito Previdenciário**. Disponível em: <[http://estudodireito.byasite.com.br/aulas\\_nono\\_semestre/direito\\_previdenciario/nocoes\\_preliminares\\_de\\_direito\\_previdenciario.PDF](http://estudodireito.byasite.com.br/aulas_nono_semestre/direito_previdenciario/nocoes_preliminares_de_direito_previdenciario.PDF)>. Acesso em: 02 mar. 2013.

BALERA, Wagner. **Sistema de Seguridade Social**. 5 ed. São Paulo: LTr, 2009.

BEVERIDGE, William Henry. **Plano Beveridge**. Tradução de Almir de Andrade. Rio de Janeiro: José Olympio, 1943.

BOBBIO, Norberto. **Era dos direitos**. São Paulo: Paz Terra e Política, 1986.

BOLLMANN, Vilian e SEVERO, Gustavo Pedroso. **Prescrição e decadência no direito previdenciário. A inconstitucionalidade do caput do art. 103 da lei 8.213/91**. Disponível em: <<http://www.nacionaldedireito.com.br/doutrina/601/prescrio-e-decadencia-no-direito-previdenciario-a-inconstitucionalidade-do-caput-do-art-103-da-lei-8213-91>>. Acesso em: 12 dez. 2012.

BONAVIDADES, Paulo. **A quinta geração dos direitos fundamentais**. Disponível em: <[http://www.dfj.inf.br/Arquivos/PDF\\_Livre/3\\_Doutrina\\_5.pdf](http://www.dfj.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/3_Doutrina_5.pdf)>. Acesso em: 15 fev. 2013.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1999.

CÂMARA, Antônio Luís da. Da prescrição e da decadência, p. 51 *apud* Ângelo Amorim Filho. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar ações imprescritíveis. **Revista dos Tribunais**, n. 744, p. 746

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CARVALHO, Antônio Roberto Winter de. Reflexões acerca da prescritibilidade nas ações de ressarcimento ao erário previstas no art. 37, §5º da Constituição. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 253, p. 31-47, jan./abr. 2010. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewArticle/8042>>. Acesso em 02 mar. de 2013.

CARVALHO, Antônio Roberto Winter de. Reflexões acerca da prescritibilidade nas ações de ressarcimento ao erário previstas no art. 37, §5º da Constituição. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 253, p. 31-47, jan./abr. 2010.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil. O Longo Caminho**. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.



CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 12. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2007.

DIAS, Eduardo Rocha; MACEDO, José Leandro Monteiro de. **Direito previdenciário**. 2. ed. São Paulo: Método, 2010.

DUTRA, Carina Lentz. **O direito à previdência social na perspectiva da tutela jurisdicional dos direitos**. Disponível em: <[http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2011\\_2/carina\\_dutra.pdf](http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2011_2/carina_dutra.pdf)>. Acesso em: 30 nov. 2012.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FOLMANN, Melissa. **Da aplicação da decadência do direito de revisão dos benefícios previdenciários**. Disponível em: <<http://www.jurisite.com.br/doutrinas/Previdenciaria/doutprevid39.html>>. Acesso em: 01 dez. 2012.

FREITAS, Juarez. **A substancial inconstitucionalidade da lei injusta**. Petrópolis, Vozes, 1989.

HERREIRA, Carlos Miguel. Estado, constituição e direitos sociais. In: SOUSA NETO, Cláudio Pereira de; ARMENTO, Daniel (Orgs.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

HORVATH JUNIOR, Miguel. **A Importância do Direito Previdenciário**. Disponível em: <<http://www.professoramorim.com.br/dados/anexos/378.doc>>. Acesso em: 10 dez. 2012.

HORVATH JÚNIOR, Miguel. **Os direitos fundamentais e a seguridade social**. Disponível em: <<http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/020507.pdf>>. Acesso em: 25 nov. 2012.

KERTZMAN, Ivan. **Curso Prático de Direito Previdenciário**. 6. ed. Salvador, 2009.

LEAL, Antônio Luís da Câmara. **Da prescrição e da decadência**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

LEAL, Antônio Luiz Câmara. **Da Prescrição e da decadência**. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

LEIRIA, Maria Lúcia Luz. **Direito Previdenciário e Estado Democrático de Direito: uma (re)discussão à luz da hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

LOPES, Edgard de Oliveira. Os direitos fundamentais sob ótica das influências ético-filosóficas, consoante o magistério de Hans Kelsen, Miguel Reale e Willis Santiago Guerra Filho. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 56, abr. 2002. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/2872>><http://jus.com.br/revista/texto/2872>><http://jus.com.br/revista/texto/2872>><http://jus.com.br/revista/texto/2872>>. Acesso em: 28 nov. 2012.

MANCINI, Jorge Rodríguez. **Derechos Fundamentales y Relaciones Laborales**. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2004.



- MARTINS, Raimundo Evandro Ximenes. Prescrição em matéria de benefício previdenciário. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 3080, 7 dez. 2011. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/20572>. Acesso em 30 de nov. 2012.
- MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- MORAES. Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**. Teoria geral. Comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil. Doutrina e Jurisprudência. Coleção temas jurídicos. v. 3. 2. ed. São Paulo: Atlas. 1998.
- NEVES, Amanda Pinto. Caso Richarlyson: análise da atuação do juiz na decisão judicial segundo a perspectiva da teoria do direito de Ronald Dworkin. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 2993, 11 set. 2011. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/19961>. Acesso em: 10 abr. 2013.
- PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática**. 12. ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.
- PEREIRA JÚNIOR, Aécio. Evolução histórica da Previdência Social e os direitos fundamentais. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 707, 12 jun. 2005. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/6881>. Acesso em: 28 nov. 2012.
- PINHEIRO, Maria Cláudia Bucchianeri. A Constituição de Weimar e os direitos fundamentais sociais: a preponderância da Constituição da República Alemã de 1919 na inauguração do constitucionalismo social, à luz da Constituição mexicana de 1917. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1192, 6 out. 2006. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/9014>. Acesso em: 19 dez. 2012.
- PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 3a ed. Max Limonad, São Paulo, 1997.
- ROCHA, Daniel Machado da. **O Direito Fundamental à Previdência Social**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil. v. I – Parte Geral**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.
- RUSSOMANO, Mozart Victor. **Curso de Previdência Social**. Rio de Janeiro: Forense. 1978.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- SAVARIS, José Antonio. **Prescrição do Fundo do Direito em Matéria Previdenciária: uma ideia óbvia sobre o problema**. Data da inserção: 08/10/2012. Disponível em: <http://joseantoniosavaris.blogspot.com.br/2012/10/prescricao-do-fundo-do-direito-em.html>. Acesso em: 25 nov. 2012.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 1998.



VENTURA, Tereza. Luta Social por Reconhecimento: Dilemas e Impasses na Articulação Pública Do Desrespeito. **Revista de Sociologia e Política Curitiba**, v. 19, n. 40, p. 159-170. Out. 2011.

VIANNA, João Ernesto Aragonés. **Curso de Direito Previdenciário**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

VILANOVA, Lorival. **Sobre o conceito de direito**. Escritos jurídicos e filosóficos. v. 1. São Paulo: Axis Mundi, 2003.

ZAVESCKI, Teoria Albino. Direitos Fundamentais de Terceira Geração. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, volume 15, 1998 Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Acesso em 02 de abr. 2013.

ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria Geral do Estado**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.